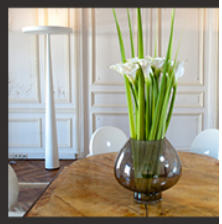
DJP AVOCATS

DUCHEMIN JOUAN & PARTNERS



Lettre d'actualité juridique N° 5 - Mai 2013

Droit fiscal :

1. Paiement consolidé de la TVA
2. Intégration fiscale
3. Déduction des provisions
4. Optimisation fiscale agressive
5. Plus-values des particuliers
6. DJP Avocats sur I-Télé

Droit des affaires :

1. Cessation des paiements : actif disponible et capital non libéré
2. Interdépendance des contrats
3. Devoir de loyauté du dirigeant envers les associés
4. Réalité du siège social

Droit social :

1. Requalification du départ à la retraite en prise d'acte
2. Action en justice postérieure à une transaction
3. Rupture conventionnelle et litige
4. PSE : la nullité du plan s'étend aux départs volontaires
5. Forfait-jours du Syntec : la censure
6. Adoption de la loi de sécurisation de l'emploi

Correspondants du réseau international BDO

PAIEMENT CONSOLIDE DE LA TVA

Commentaires définitifs sur le régime optionnel de consolidation du paiement de la TVA au sein d'un groupe, publiés le 19 avril 2013

Depuis le 1er janvier 2012, les groupes de sociétés remplissant certaines conditions peuvent opter pour la centralisation, au niveau de la société tête de groupe, du paiement de la TVA et des taxes assimilées dues par l'ensemble des sociétés membres du groupe.

Cette option, valable pour 3 ans, ne peut être exercée qu'à raison des filiales détenues directement ou indirectement à hauteur de 50% par la société tête de groupe de manière continue sur l'ensemble de la période couverte par l'option, ouvrant et clôturant leurs exercices à la même date et souscrivant leur déclaration auprès de la Direction des Grandes Entreprises.

L'administration fiscale précise désormais qu'une société partiellement redevable ou partiellement assujettie à la TVA peut être membre de groupe, voire même être le redevable du groupe. En revanche, cette possibilité n'est pas offerte à une holding pure qui ne recevrait que des produits financiers exonérés ou placés hors du champ d'application de la TVA.

Lorsque l'option est exercée, chaque membre demeure un assujetti à part entière tenu de souscrire ses propres déclarations. Il n'est que déchargé de son obligation de paiement la TVA, laquelle est transférée à la société tête de groupe. Les crédits de TVA des membres nés avant l'option ne sont pas pris en compte pour le calcul de la TVA due par le redevable du groupe.

Les crédits de TVA constatés par les membres pendant l'application du régime demeurent définitivement transmis au redevable du groupe.

A ce titre, une convention organisant, d'une part, les transferts financiers rendus nécessaires par la compensation des TVA dues au niveau du groupe et, d'autre part, les redistributions aux membres des crédits de TVA remboursés, doit être conclue entre le redevable du groupe et chacun des membres.

Les redistributions et compensations doivent ainsi conduire à replacer chaque société dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence d'application du régime de groupe.

(BOI-TVA-DECLA-20-20-50-20121030)

INTEGRATION FISCALE

Selon l'administration, une société nouvelle doit nécessairement clore un premier exercice avant de devenir membre d'un groupe fiscalement intégré

L'administration rapporte ainsi sa doctrine selon laquelle une société nouvelle ne peut faire partie d'un groupe que si son immatriculation au registre du commerce et des sociétés est antérieure à la date d'ouverture des exercices du groupe.

Afin de minimiser les conséquences de cette nouvelle disposition, il pourrait dans certains cas s'avérer opportun de créer la société nouvelle devant être intégrée fiscalement quelques mois avant la date d'ouverture de l'exercice des sociétés d'ores et déjà intégrées fiscalement.

(BOI-IS-GPE-10-40 n°100)

DEDUCTION DES PROVISIONS

Le Tribunal administratif de Montreuil vient de juger qu'une provision constatée en comptabilité doit obligatoirement être déduite sur le plan fiscal dès lors qu'elle respecte les conditions générales de déductibilité

Pour rappel, conformément à l'article 39,1-5° du Code général des impôts, les provisions présentent sur le plan fiscal un caractère déductible lorsqu'elles sont constituées en vue de faire face à des pertes ou des charges nettement précisées que les évènements en cours rendent probables, à condition qu'elles aient effectivement été constatées dans les écritures de l'exercice.

Ce jugement se prononçant en faveur d'un alignement des règles fiscales et comptables est néanmoins en contradiction avec la jurisprudence de la Cour administrative d'appel de Paris qui a récemment décidé que la déduction d'une provision pour la détermination de son résultat fiscal constitue pour l'entreprise une faculté qu'elle peut décider de ne pas exercer (CAA Paris 18 nov. 2010 « Sté Foncière du Rond point).

Il conviendra dès lors d'apporter une attention toute particulière aux conclusions données par le Conseil d'Etat dans le cadre du pourvoi en cassation formé à l'encontre de l'arrêt précité de la Cour administrative d'appel de Paris.

(TA Montreuil, 6 décembre 2012 n°1109486, 1ère ch, Sté Dalkia)

OPTIMISATION FISCALE AGRESSIVE

Les organisations internationales intensifient leur lutte contre les schémas d'optimisation fiscale agressifs

L'idée : en finir avec les "schémas agressifs", qui permettent aux multinationales d'échapper totalement ou partiellement à l'impôt en localisant leurs profits sous des cieux fiscaux plus cléments. La Commission européenne et l'OCDE sont les fers de lance des réflexions portant sur les stratégies que doivent employer les Etats pour lutter contre l'évasion fiscale, notamment au travers de consultations lancées sur un Code Européen du Contribuable, la création d'une plateforme de bonne gouvernance fiscale, ou la publication d'un rapport sur la gestion fiscale agressive des entreprises. Alors qu'Apple a été auditionné au Sénat américain et Google par la Chambre des Communes britannique ce mois-ci, cette problématique est plus que jamais d'actualité, et sera également abordée au G20 de Moscou cette année.

PLUS-VALUES DES PARTICULIERS

L'exonération des plus-values de cession en cas de départ à la retraite

La fiscalité applicable aux plus-values de cession des particuliers, lors de la vente de leur entreprise, devrait être une nouvelle fois modifiée. Le gouvernement projette, sans revenir sur le principe de la taxation des plus-values au barème progressif de l'impôt sur le revenu, de mettre en place un système d'abattement allant jusqu'à 65% selon la durée de détention. Par ailleurs, l'exonération des plus-values en cas de départ à la retraite pourrait être supprimée, sans effet rétroactif, et n'entrerait en vigueur qu'à partir du 1er janvier 2014.

DJP AVOCATS SUR I-TELE

I-Télé a consulté nos experts sur les difficultés de rapatriements des avoirs détenus à l'étranger

Suite à l'intervention de Bernard Cazeneuve relative aux avoirs détenus à l'étranger et non déclarés, Jacques Saint-Jalmes, Avocat associé, a commenté l'attitude que pourrait adopter le Gouvernement face aux différents profils concernés.

Le Gouvernement semble en effet exclure la réouverture de la cellule de régularisation, projette de durcir la loi et d'alourdir les peines encourues en cas de non déclaration des avoirs détenus à l'étranger. Peut-être avez-vous eu l'occasion de nous apercevoir…

7, rue Auber - 75009 Paris
Tél. : +33 (0)1 80 18 10 80
Fax : +33 (0)1 40 07 07 08
www.djp-avocats-bdo.fr
contact@djp-avocats-bdo.fr
Palais L73 - Association d'avocats à responsabilité professionnelle individuelle (AARPI)

Cette lettre d'information est diffusée par le cabinet auprès de ses clients. Elle est réservée à l'usage privé de son destinataire et ne constitue pas un conseil juridique.

CESSATION DES PAIEMENTS : ACTIF DISPONIBLE ET CAPITAL NON LIBERE

La Cour de cassation précise que le montant non libéré du capital social n'est pas pris en compte dans l'actif disponible pour apprécier l'état de cessation des paiements et prononcer la mise en redressement judiciaire

Une entreprise est en état de cessation des paiements lorsqu'elle est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible.

Les réserves de crédit ou les moratoires consentis par les créanciers sont pris en compte dans l'appréciation de l'actif disponible (article L.631-1 du Code de commerce).

S'agissant des créances à recouvrer, il existe une controverse sur la question de savoir si elles peuvent ou non être incluses dans cet actif. En effet, la Cour de cassation a jugé que, dans des circonstances exceptionnelles où il est évident qu'une créance est certaine et sera payée à très court terme, elle pourrait constituer un actif disponible. Pour autant, une créance n'est en principe pas une disponibilité de trésorerie tant qu'elle n'est pas encaissée.

Saisie d'une affaire dans laquelle un associé contestait l'état de cessation de paiement de la société au motif que le montant du capital restant à libérer permettait de faire face au passif déclaré, lequel était par ailleurs partiellement composé d'une créance en compte courant d'associé qui n'était pas échue et qui n'avait pas été réclamée, la Cour de cassation a retenu que le capital social non libéré est une créance de la société à l'égard de ses associés qui ne peut être assimilée à un actif disponible ou à une réserve de crédit au sens de l'article L.631-1 du Code de commerce.

En effet, ainsi que l'avait souligné la Cour d'appel, l'inscription de cette créance dans la trésorerie de la société supposait « *la mise en œuvre d'une action en recouvrement* » (appel des fonds par le dirigeant) « *non nécessairement fructueuse* » (le recouvrement de cette créance est aléatoire dans la mesure où les associés peuvent être peu disposés à répondre à l'appel de fonds dans ce contexte). Dès lors que ce type de créance ne peut assurer le règlement immédiat de dettes, il ne peut donc pas s'apparenter à un actif disponible.

(Cass. Com., 23 avril 2013, n°12-18.453)

INTERDEPENDANCE DES CONTRATS

Consécration du caractère indivisible des contrats concomitants ou successifs s'inscrivant dans une opération incluant une location financière

Lorsque deux contrats sont considérés comme indivisibles car participant d'une même opération plus globale (par exemple un contrat de prestations de services portant sur du matériel financé par le biais d'un contrat de crédit-bail), la jurisprudence reconnaît en principe que l'anéantissement de l'un de ces contrats entraîne la caducité de l'autre, qui ne présente plus d'utilité économique pour le cocontractant au centre de cette opération.

Par deux arrêts du même jour, la Chambre mixte de la Cour de cassation est venue poser un principe important s'agissant de la caractérisation de cette indivisibilité en décidant que « *les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants* » et qu'en conséquence doivent être « *réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance* ».

En pratique, dans le cadre de telles opérations, les établissements ayant consenti la location financière ne pourront donc désormais plus se fonder sur une clause écartant expressément cette indivisibilité pour exiger le paiement des loyers en cas d'inexécution ou d'extinction du contrat de fourniture ou de prestations de services.

(Cass. Ch. mixte, 17 mai 2013, n°11-22.768 et n°11-22.927)

Précisions sur les conséquences de l'indivisibilité en cas de résiliation de l'un d'eux

En l'espèce, une entreprise avait d'une part acquis des licences de logiciel auprès d'un fournisseur et d'autre part conclu un contrat d'intégration de ce logiciel auprès d'un prestataire. Ce dernier ayant rompu le contrat d'intégration, l'entreprise avait alors cessé de régler les redevances dues au titre des licences.

La Cour de cassation, saisie de cette affaire, réfute l'argumentation du fournisseur qui soutenait que l'entreprise ne pouvait se prévaloir de la résiliation du contrat avec le prestataire que si cette rupture résultait d'une décision judiciaire n'ayant pas pour origine sa propre faute. La Cour précise toutefois que la partie à l'origine de la faute ayant entraîné l'anéantissement de l'ensemble contractuel peut alors être tenue d'indemniser le préjudice en résultant.

(Cass. Com., 26 mars 2013, n°12-11.688)

DEVOIR DE LOYAUTE DU DIRIGEANT ENVERS LES ASSOCIES

La Cour de cassation rappelle le devoir de loyauté du dirigeant à l'égard de l'associé auquel il achète des droits sociaux

Dans une affaire où un associé cédant ses titres représentant 10 % du capital au directeur général de la société, alors qu'il avait connaissance d'une prochaine prise de participation dans la société mais pas du prix négocié par les dirigeants, le directeur général a été assigné en paiement de dommages et intérêts, pour avoir vendu un mois plus tard 10 % du capital à un prix nettement supérieur.

La Cour d'appel de Lyon avait rejeté cette demande, considérant que les dirigeants n'avaient pas l'obligation de divulguer l'accord, confidentiel quant au prix convenu.

La Cour de cassation ne s'est pas rangée à cet avis. Confirmant une jurisprudence constante, elle a rappelé que le dirigeant manque à son devoir de loyauté lorsqu'il n'informe pas un associé cédant ses titres de circonstances de nature à influer sur son consentement.

Dissimulation ou absence d'information, la réticence dolosive est classiquement sanctionnée par la Cour de cassation.

Cet arrêt permet de rappeler que le devoir de loyauté des dirigeants s'applique aux comportements mettant en conflit les intérêts du dirigeant et ceux de la société ou de ses associés. Ainsi en va-t-il de l'obligation de non-concurrence interdisant au dirigeant de développer une activité similaire à celle de la société ou encore de la mise en jeu de la responsabilité d'un dirigeant qui n'avait pas informé ses associés de l'acquisition, pour son propre compte, de l'immeuble que ces derniers souhaitaient acheter pour que la société y exerce son activité.

(Cass. Com, 12 mars 2013, n°12-11.970)

REALITE DU SIEGE SOCIAL

Précisions du Comité de Coordination du Registre du Commerce et des Sociétés en présence d'une promesse d'achat de fonds de commerce

La réalité de l'adresse déclarée pour immatriculer une société est établie et il est justifié de la jouissance du local où est établi son siège social dès lors qu'une promesse d'acquisition ou de prise en location gérance d'un fonds de commerce contient l'autorisation d'établir le siège social dans les locaux faisant partie dudit fonds ou que toute autre pièce produite contient cette autorisation.

(Avis CRCC 2013-008 du 14 février 2013, mis en ligne le 10 avril 2013 : www.justice.gouv.fr)

7, rue Auber - 75009 Paris
Tél. : +33 (0)1 80 18 10 80
Fax : +33 (0)1 40 07 07 08
www.djp-avocats-bdo.fr
contact@djp-avocats-bdo.fr
Palais L73 - Association d'avocats à responsabilité professionnelle individuelle (AARPI)

Cette lettre d'information est diffusée par le cabinet auprès de ses clients. Elle est réservée à l'usage privé de son destinataire et ne constitue pas un conseil juridique.

DJP AVOCATS
DUCHEMIN JOUAN & PARTNERS

Droit social / N°5 - Mai 2013

REQUALIFICATION DU DEPART A LA RETRAITE EN PRISE D'ACTE

Le départ à la retraite d'un salarié concomitant ou postérieur à de graves manquements imputables à l'employeur peut être requalifié en prise d'acte

Un salarié remet à son employeur une lettre exprimant sa volonté claire et non équivoque de partir à la retraite. Dans cette lettre, le salarié fait état d'un différend avec son employeur résultant de la modification unilatérale par ce dernier des taux de commissions applicables.

Postérieurement, le salarié remet en cause sa décision et demande la requalification de son départ en prise d'acte aux torts de son employeur.

Par un arrêt inédit, la Cour de cassation considère que, dès lors qu'un salarié remet en cause son départ à la retraite sur le fondement de graves manquements imputables à son employeur, la rupture s'analyse en une prise d'acte produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse lorsque des circonstances antérieures ou contemporaines au départ ont rendues celui-ci équivoque. Dans le cas contraire, la prise d'acte produira les effets d'un départ à la retraite.

La Cour de cassation étend au départ à la retraite sa jurisprudence relative à la démission équivoque du salarié.

(Cass. Soc. 15 mai 2013 n°11-26.784)

ACTION EN JUSTICE POSTERIEURE A UNE TRANSACTION

Une transaction conclue en des termes généraux ne fait pas nécessairement obstacle à toute action en justice postérieure

Un salarié, licencié pour faute grave, conclut une transaction avec son employeur à la suite de sa décision de contester la rupture de son contrat devant le Conseil de Prud'hommes. Rédigé en des termes très généraux, le protocole transactionnel ne mentionnait qu'un litige relatif à la rupture du contrat de travail sans préciser la nature exacte des différents griefs en cause.

Au regard de l'imprécision des termes du protocole, la Cour de cassation décide alors que la transaction conclue ne rendait pas pour autant irrecevable une action postérieure du salarié fondée sur la discrimination.

(Cass. Soc. 24 avril 2013, n°11-15204)

RUPTURE CONVENTIONNELLE ET LITIGE

L'existence d'un différend entre les parties au moment de la conclusion d'une rupture conventionnelle n'affecte pas sa validité

Une avocate salariée reçoit une lettre de son employeur pointant un certain nombre d'insuffisances professionnelles. La lettre évoque toutefois la possibilité d'une rupture conventionnelle, à défaut de quoi une procédure formelle serait mise en œuvre.

Une fois la rupture conventionnelle signée et homologuée par l'administration, la salariée remet en cause la rupture et demande sa requalification en licenciement sans cause réelle et sérieuse, estimant que son consentement avait été vicié.

La Cour de cassation confirme la solution retenue par la Cour d'appel en faisant droit à la demande de la salariée sur le fondement du vice du consentement consécutif à la menace d'un licenciement. Toutefois, la Cour précise que l'existence d'une situation conflictuelle entre les parties n'invalide pas à elle seule la convention de rupture conclue. Les juges devront en revanche s'assurer que la rupture n'a pas été imposée par une partie.

(Cass. Soc. 23 mai 2013, n°12-13.865)

PSE : LA NULLITE DU PLAN S'ETEND AUX DEPARTS VOLONTAIRES

L'annulation d'un plan de sauvegarde de l'emploi s'étend aux ruptures de contrat intervenues dans ce cadre

Un salarié accepte de rompre son contrat de travail dans le cadre d'un plan de départ volontaire prévu par le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) mis en œuvre au sein de sa société. Le mois suivant, les juges du fond prononcent l'annulation du plan sur le fondement de l'insuffisance des mesures prévues au regard des moyens de l'entreprise, amenant le salarié à contester la rupture de son contrat.

Au visa de l'article L.1235-10 du Code du travail qui prévoit la nullité des procédures de licenciements *« tant que le plan de reclassement des salariés prévu à l'article L. 1233-61 et s'intégrant au plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel »*, la Cour de cassation se livre à une interprétation extensive du texte en étendant la nullité affectant un PSE à l'ensemble des actes subséquents. Ainsi, l'annulation du plan remet en cause toute rupture du contrat de travail en découlant, dès lors qu'elle résulte d'une cause économique et s'inscrit dans le processus de réduction des effectifs à l'origine du PSE.

(Cass. Soc. 15 mai 2013, n°11-26414)

FORFAIT-JOURS DU SYNTEC : LA CENSURE

La convention de forfait-jours conclue sur le fondement de la convention collective nationale des bureaux d'études techniques, des cabinets d'ingénieurs-conseils et des sociétés de conseils est nulle

Dans la lignée de sa jurisprudence restrictive, la Cour de cassation rappelle que le recours au forfait-jours doit nécessairement s'accompagner de stipulations collectives permettant de garantir le contrôle et le suivi régulier et précis de l'amplitude et de la charge de travail du salarié. En l'absence de telles garanties, la convention individuelle conclue sera inopposable et le salarié pourra revendiquer l'application de la durée légale du travail ainsi que les éventuelles heures supplémentaires effectuées, sous réserve de pouvoir établir leur existence.

Dès lors, les entreprises soumises à la convention Syntec souhaitant avoir recours aux forfait-jours devront négocier un accord d'entreprise ou d'établissement prévoyant de telles garanties. Sur ce point, la Haute Cour avait livré le mode d'emploi en validant les dispositions conventionnelles en vigueur au sein de la branche Métallurgie dans sa décision en date du 29 juin 2011.

(Cass. Soc. 24 avril 2013, n°11-28.398)

ADOPTION DE LA LOI DE SECURISATION DE L'EMPLOI

La loi de sécurisation de l'emploi a été définitivement adoptée par le parlement le 14 mai 2013. La publication de la loi devra toutefois attendre la décision du Conseil Constitutionnel saisi par l'opposition le 15 mai dernier. Le texte, qui retranscrit l'accord national interprofessionnel conclu entre le patronat et la CFDT, CFTC, CFE-CGC le 11 janvier 2013, modifie de façon conséquente le Code du travail, notamment en matière de licenciement économique. En effet, en cas de graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise, un accord de maintien de l'emploi pourra être conclu pour une durée maximale de deux ans dans l'optique d'aménager le temps de travail ou la rémunération des salariés évitant ainsi des ruptures de contrat. Parmi les autres mesures phares du texte, il convient de noter la réduction du délai de prescription, pour les actions en justice relatives à l'exécution ou la rupture du contrat de travail, de 5 à 2 ans.

7, rue Auber - 75009 Paris
Tél. : +33 (0)1 80 18 10 80
Fax : +33 (0)1 40 07 07 08
www.djp-avocats-bdo.fr
contact@djp-avocats-bdo.fr
Palais L73 - Association d'avocats à responsabilité professionnelle individuelle (AARPI)

Correspondants du réseau international BDO

Cette lettre d'information est diffusée par le cabinet auprès de ses clients. Elle est réservée à l'usage privé de son destinataire et ne constitue pas un conseil juridique.